# Die historische Entwicklung der Eviktionshaftung im römischen Recht,

## erläutert an der Hand der l. 22 § 1 D. 21,2 (Si pro evictione fundi) und der l. 23 und 24 D. eod. tit.

---

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

**Kurt Lachmann**
Kammergerichtsreferendar aus Berlin.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

*Approbiert am 6. Februar 1908.*

**Borna-Leipzig**
Buchdruckerei Robert Noske
1908.

35

Referent: Universitäts-Professor Dr. Siber.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542704_0074

# Inhaltsverzeichnis.


Seite

I. Übersetzung . . . . . 1

II. l. 22 § 1 D. 21, 2.

1. Tatbestand . . . . . 2

a) Die Frau hat ein Grundstück gekauft und sich Bürgen versprechen lassen,

b) Sie hat das Grundstück in dotem gegeben,

c) Das Grundstück wird ihrem Ehemann evinziert.

2. Gestaltung der Rechtslage . . . . . 7

Die Frau klagt sogleich gegen die Bürgen auf Grund der Eviktion, weil sie indotata ist

a) Die Frau klagt,

b) Die Frau klagt sogleich,

c) Die Frau klagt sogleich, weil sie indotata ist,

d) Die Frau klagt auf Grund der Eviktion,

e) Die Frau klagt gegen die Bürgen.

III. l. 23 D. 21, 2.

1. Vermutung und Nachweis einer Interpolation . . . . . 19

2. Tatbestand . . . . . 21

a) Die Frau hat ein Grundstück gekauft und sich duplum stipulieren lassen,

b) Sie hat das Grundstück in dotem gegeben,

c) Nach ihrem Tode wird das Grundstück evinziert.

3. Gestaltung der Rechtslage . . . . . 21

a) Der Mann klagt ex promissione,

b) gegen die Erben,

c) Die Erben klagen ex stipulatu,

d) gegen den Verkäufer.

IV. Zusammenfassung der l. 22 § 1 und l. 23 D. 21, 2 . . . . . 28

V. l. 24 D. 21, 2.

1. Tatbestand . . . . . 28

a) Die Frau hat ein Grundstück gekauft und sich duplum stipulieren lassen,

Seite

b) Sie hat das Grundstück in dotem gegeben,
c) Es stellt sich heraus, daß das Grundstück schon Eigentum des Mannes war.
2. Gestaltung der Rechtslage . . . . . 29
a) Die Frau klagt sogleich gegen den Verkäufer, weil sie indotata ist,
b) aber nicht ex stipulatu,
c) sondern ex empto.
VI. Zusammenfassung der l. 22 § 1, l. 23, l. 24 D. 21, 2 . . . . . 32

# Literaturverzeichnis.


**Appleton,** Des interpolations dans les Pandectes. Paris 1895.

**Arndts,** Eviktionsleistung bei der dos. Achiv für zivilistische Praxis Bd. 50. Heidelberg 1867.

**Baron,** Pandekten. 7. Aufl. Leipzig 1890.

**Bechmann,** Der Kauf nach gemeinem Recht. Teil 1. Erlangen 1876.

**Bechmann,** Das römische Dotalrecht. Bd. 1. Erlangen 1863. Bd. 2. Erlangen 1867.

**Bekker,** Zur Lehre von der Eviktionshaftung. Im Jahrbuch des gemeinen deu8schen Rechts Bd. 6. Leipzig 1863.

**Brinz,** Lehrbuch der Pandekten. Bd 3. 2. Aufl., besorgt von Lothmar. Erlangen und Leipzig 1889.

**Casper,** Der Verkauf einer fremden Sache nach römischem und gemeinem Recht. Dissert. Berlin 1895.

**Coerrens,** Eviktionspflicht bei der dos. Dissert. Köln 1895.

**Cujacius,** opera omnia. Tom I. Neapel 1758.

**Czyhlarz,** Das römische Dotalrecht. Gießen 1870.

**Degenkolb,** Ein pactum fiduciae. Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 9. Weimar 1870.

**Dernburg,** Pandekten. Bd. 3. 5. Aufl. Berlin 1897.

**Eck,** Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums. Festschrift. Halle 1874.

**Eckstein,** Die Intervention nach österreichischem Recht. Leipzig 1893.

**Frantzke,** Commentar in XXI libros Pandect. Straßburg 1644.

**Fuchs,** Die Lehre von der Litisdenuntiation. Marburg 1855.

**Gaius,** Institutionum commentarii. Ed. Seckel et Kübler. Leipzig 1903.

**Glück,** Erläuterung der Pandekten. Bd. 20. Erlangen 1819. Bd. 25. Erlangen 1824.

**Gradenwitz,** Interpolationen in den Pandekten. Berlin 1881.

**Harse,** Das Güterrecht der Ehegatten. Berlin 1824.

**Hellwig,** Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.

**Heumann-Seckel,** Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. Jena 1907.

**Holzschuher,** Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts. Bd. 1. 3. Aufl. Leipzig 1881.

**Huschke,** Über das Recht des nexum. Leipzig 1846.

**Huschke,** Zur Pandektenkritik. Leipzig 1875.

**Jaeggi,** Über die Eviktionshaftung bei der dos. Dissert. Solothurn 1890.

**Kempin,** Die Haftung des Verkäufers einer fremden Sache. Dissert. Zürich 1887.

**Kipp,** Die Litisdenuntiation als Prozeße inleitungsform im römischen Zivilprozeß. Leipzig 1887.
**Kohler,** Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Zivilrecht. Mannheim 1883.
**Kritz,** Das Pandektenrecht. Bd. 3. Meißen 1841.
**Krüger,** Kritische Versuche im Gebiet des römischen Rechts. Berlin 1870.
**Lenel,** Das edictum perpetuum. Leipzig 1883.
**Lenel,** Palingenesia iuris civilis. Leipzig 1889.
**Lenel** in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Bd. 9. 2. Roman. Abt. 1.
**Liebe,** Gewährleistung. In Weiskes Rechtslexikon Bd. 4. Leipzig 1843.
**Löhr,** Bemerkungen zur Lehre von der dos. In der Zeitschr. f. Zivilrecht und Prozeß Bd. 1. Gießen 1828.
**Löhr,** Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. Bd. 4. Gießen 1844.
**Müller,** Die Lehre des römischen Rechts von der Eviktion. Halle 1851.
**Pothier,** Pandectae. Tom II. Paris 1825.
**Rabel,** Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte. 1. Teil. Leipzig 1902.
**Rudorff,** Über die Litiskreszenz. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 14. Berlin 1848.
**Salpius,** Novation und Delegation. Berlin 1864.
**Sintenis,** Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 3. 3. Aufl. Leipzig 1869.
**Sohm,** Institutionen des römischen Rechts. 5. Aufl. Leipzig 1894.
**Tigerström,** Das römische Dotalrecht. Bd. 1. Berlin 1831.
**Thibaut,** Zivilistische Abhandlungen. Heidelberg 1814.
**Thibaut,** System des Pandektenrechts. Bd. 2. 9. Aufl. Jena 1846.
**Vangerow,** Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1865.
**Waechtler,** opuscula rariora. Utrecht 1733.
**Westphal,** Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf usw. Frankfurt und Leipzig 1791.
**Windscheid-Kipp,** Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2 u. 3. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

---

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken“ (Berlin 1905. Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

Pomponius libro primo ex Plautio. —

Si pro evictione fundi quem emit mulier satis accepisset et eundem fundum in dotem dedisset, deinde aliquis eum a marito per iudicium abstulisset, potest mulier statim agere adversus fideiussores emptionis nomine, quasi minorem dotem habere coepisset vel etiam nullam, si tantum maritus optulisset, quanti fundus esset.

Ulpianus libro vicesimo nono ad Sabinum.

Sed et si post mortem mulieris evincatur, regressus erit ad duplae stipulationem, quia ex promissione maritus adversus heredes mulieris agere potest et ipsi ex stipulatu agere possunt.

Africanus libro sexto quaestionum.

Non tamen ei consequens esse, ut et, si ipsi domino nuptura in dotem eum dederit, committi stipulationem dicamus, quamvis aeque indotata mulier futura sit, quoniam quidem, etiamsi verum sit habere ei non licere servum, illud tamen verum non sit iudicio eum evictum esse. ex empto tamen contra venditorem mulier habet actionem.

Übersetzung:

Pomponius im 1. Buche ex Plautio.

Eine Frau, die ein Grundstück kaufte, hatte für den Fall der Eviktion Bürgschaft erhalten und dieses Grundstück in dotem gegeben; darauf hatte jemand dasselbe im Wege des Prozesses dem Ehemann abgestritten; die Frau kann nun sogleich gegen die Bürgen auf Grund des Kaufvertrages klagen, „mit der Begründung, daß“ (quasi) sie von nun an eine geringere oder sogar, falls ihr Ehemann den ganzen Wert des Grundstückes angeboten haben sollte, gar keine dos habe.

Ulpianus im 29. Buche ad Sabinum. —

Aber auch wenn das Grundstück nach dem Tode der Frau abgestritten werden sollte, wird ein Zurückgreifen auf die stipulatio duplae stattfinden, weil der Ehemann aus der promissio gegen die Erben der Frau und diese aus der Stipulation klagen können.

Africanus im 6. Buche quaestionum. —

Es folgt indessen daraus nicht, daß man sagen kann, die Stipulation verfalle auch dann, wenn die Frau ihrem Gatten einen Sklaven in dotem gegeben habe, der (in Wahrheit) ihm selbst gehört, trotzdem die Frau hier gleichfalls ohne dos sein wird; denn obschon es Tatsache ist, daß es ihr nicht erlaubt ist, den Sklaven zu behalten, so ist es doch ebenso Tatsache, daß er ihr nicht im Wege des ordentlichen Verfahrens abgestritten worden ist; jedoch hat die Frau gegen den Verkäufer die actio ex empto.

Was den Wortlaut des Textes betrifft, so will Lenel[1]) statt emptionis evictionis lesen, und Mommsen glaubt maritus in marito ändern zu müssen. Diese beiden abweichenden Lesarten werden später zu prüfen sein.

Bei der Übersetzung könnte man sich im Zweifel darüber befinden, ob die Worte „emptionis nomine“ zu fideiussores oder zum Verbum agere gehören. Letzteres ist das Wahrscheinlichere; liest man fideiussores emptionis nomine und übersetzt dies mit Kaufbürgen (resp. Eviktionsbürgen), so erscheint nomine zum mindesten überflüssig (vgl. z. B. l. 56 D. 21, 2 und l. 19 § 1 D. 18, 6). Der Ausdruck nomine in der Bedeutung agere . . . nomine hingegen ist in den Pandekten sehr häufig zu finden.

Den zu interpretierenden leges liegt kein einheitlicher Tatbestand zugrunde; jede der drei Quellenstellen wird daher vorerst getrennt zu erörtern sein.

Wir wenden uns dem Tatbestande der l. 22 § 1 (Pomponius ex libro Plautio) zu.

Eine Frau hat ein Grundstück gekauft und sich Bürgschaft für den Fall stellen lassen, daß ihr dieses Grundstück evinziert würde. Als sie heiratete, gab sie es in dotem; während der Ehe wird es dem Ehemann im Wege des ordentlichen Verfahrens evinziert. Wie

---

[1]) Palingenesia S. 79 Anm. 4.

gestaltet sich die Rechtslage? Der Frau steht eine sofortige Klage gegen die Bürgen zu, da sie infolge der Eviktion eine geringere resp. gar keine dos mehr habe.

Si pro evictione fundi quem emit mulier satis accepisset . . ., beginnt unsere Stelle. Was haben wir unter der satisdatio pro evictione zu verstehen? Sowohl Lenel[1]) als auch Seckel[2]) erklären die Worte pro evictione als für secundum mancipium interpoliert. Lenel[3]) weist die Tatsache dieser selben Interpolation für das Edikt eingehend nach. Er erklärt, daß überall da, wo in den uns durch Justinian erhaltenen Ediktsresten von der Tradition die Rede ist, wir es an den entsprechenden Stellen im Edikt selbst mit der Manzipation zu tun haben. Was für die Tradition gilt, das gilt auch für die mit ihr zusammenhängenden Klagen und Rechtsgeschäfte: da, wo Justinian von der actio evictionis nomine spricht, war von der auctoritas die Rede; statt accipere und dare stand im Edikt mancipio accipere, mancipio dare. Und ebenso hat es als feststehend zu gelten, daß aus der satisdatio secundum mancipium des Edikts das satis accipere bei Justinian geworden ist.

Einen der wichtigsten Beweisgründe für diese Behauptungen bietet der Umstand, daß an allen von Lenel angeführten Stellen eine res mancipi, d. h. fundus oder servus, den Kaufgegenstand bildete.

Auch in unserer Stelle ist von dem Kauf eines fundus die Rede, so daß die Vermutung nahe liegt, daß wir es hier ebenfalls mit den alten Instituten der mancipatio und der satisdatio secundum mancipium zu tun haben.

Das Wesen der satisdatio secundum mancipium ist bei dem geringen uns darüber erhaltenen Material[4]) keineswegs vollständig geklärt. Die in der Wissenschaft umstrittene Frage, ob die satisdatio secundum mancipium seitens des Käufers erzwingbar gewesen sei oder nur auf freiwilliger Vereinbarung beruhe,[5]) gehört

[1]) Palingenesia S. 79 Anm. 3.

[2]) a. a. O. S. 177.

[3]) Edictum S. 424 ff.

[4]) Es kommt hier in Betracht: eine Stelle bei Varro, de L. L. VI, 74, deren Hierhergehörigkeit Eck (a. a. O. S. 11) allerdings in Frage stellt; ferner eine in den siebziger Jahren aufgefundene Siebenbürger Kaufurkunde vom Jahre 142 n. Chr., eine Stelle von Cicero, ad Atticum V, 1, und endlich die berühmte baetische Fiduziartafel.

[5]) vgl. Degenkolb a. a. O. S. 155 und die dort Zitierten.

nicht hierher. In unserem Zusammenhange fragt es sich vielmehr nur, welchem Zwecke die satisdatio secundum mancipium gegolten und welche Rechte und Pflichten für Käufer und Bürgen aus ihr resultierten.

Bechmann[1]) dehnt ihre Bedeutung sehr weit aus. Er behauptet, daß die satisdatio auch ohne Manzipation habe vorkommen können und demnach sogar die letztere bezüglich der auctoritas ersetzt habe.[2]) Dieser Ansicht tritt Lenel[3]) mit Recht entgegen. Er knüpft an den durch die Worte satisdatio secundum mancipium selbst gegebenen Sinn an und versteht darunter eine Kaution, die sich an eine geschehene Manzipation sei es inhaltlich, sei es zeitlich anschließt.[4]) Damit ist der ursprüngliche Zweck der satisdatio secundum mancipium klargestellt. Die satisdatio beruht auf der großen Anspannung des Personalkredits im älteren römischen Recht,[5]) durch den der Gläubiger und im speziellen der Käufer seine Forderungen zu sichern trachtete.

Die satisdatio secundum mancipium ist also nichts weiter als eine Bürgschaft für die Erfüllung von Pflichten, welche für den Verkäufer aus dem mancipium selbst entspringen. Daraus geht hervor, daß der Käufer gegen den Bürgen in jedem Fall dann eine Klage hat, wenn ihm gegen den Verkäufer selbst die Klage aus dem mancipium, d. h. die actio auctoritatis, zustehen würde. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß sie nur dann dem Käufer zustehe, wenn alle Klagvoraussetzungen der actio auctoritatis aus der Manzipation erfüllt sind. Vielmehr bleibt trotz der von uns vermuteten streng akzessorischen Natur der satisdatio secundum mancipium in materieller Beziehung immer noch die Annahme offen, daß die Klage aus der satisdatio in formeller Hinsicht mit der Klage aus der Manzipation differiere.[6]) Natürlich darf auch die Klage aus der satisdatio dann nicht Platz greifen, wenn die Sache dolo malo emptoris evinziert ist; wohl aber ist es denkbar und der oben geschilderten Natur der satisdatio nach wahrscheinlich, daß die satisdatio die Haftung des Bürgen im Gegensatze zur

[1]) Kauf Teil I S. 369.
[2]) Ebenso u. a. Casper a. a. O. S. 30ff.
[3]) Edictum S. 428.
[4]) Ähnlich auch Degenkolb a. a. O. S. 152ff.
[5]) Kohler a. a. O. S. 243; Degenkolb a. a. O. S. 157.
[6]) So auch Lenel, Edictum S. 428.

Haftung des auctor selbst von dem Erfordernis einer streng formellen Litisdenuntiation an den Bürgen unabhängig machte[1]: in unserer Stelle z. B. ist von einer Denunziation an den Bürgen keine Rede.

Welches sind nun die Pflichten des Verkäufers, deren Verletzung die materielle Grundlage zur actio auctoritatis aus der Manzipation (und somit auch aus der satisdatio) bilden? Die Antwort darauf ergibt sich aus der Natur der Manzipation. Zwar ist von einigen[2] behauptet worden, daß die Haftung aus dem mancipium einer besonders beigefügten Stipulation (nuncupatio) entspringe, eine Behauptung, deren Konsequenz die Annahme bilden würde, daß die Haftung des Manzipanten durch besondere Parteiabmachungen bedingt und infolgedessen in allen Punkten variabel sei; aber diese Meinung ist überzeugend widerlegt worden.[3]

Die Haftung tritt vielmehr ipso iure ein (daß trotzdem auch noch eine verstärkte Haftung vertraglich ausgemacht werden kann,[4] widerspricht dem nicht) und bestimmt sich nach festliegenden Grundsätzen. Diese Grundsätze statuieren zweierlei auch im späteren römischen Recht streng unterschiedene Pflichten: eine primäre Leistungspflicht, eine sekundäre Garantiepflicht.[5] Die Leistungspflicht besteht darin, daß der Verkäufer dem Käufer Eigentum an der verkauften Sache zu verschaffen hat, d. h., was für uns von Bedeutung ist, eine res mancipi durch den Akt der Manzipation ins volle Eigentum des Käufers bringen muß. Die Garantiepflicht aber tritt erst bedingt ein, bedingt nämlich durch die Tatsache einer infolge des vitium in iure auctoris geschehenen Eviktion. „Der Keim liegt", wie Kohler sagt, „in der Leistung des Nichteigentums; der Keim geht auf, sobald die Eviktion erfolgt ist." Ist die Eviktion eingetreten, dann ist es so anzusehen, als ob die zu bewirkende Leistung unerfüllt geblieben sei, zu der der Akt der Manzipation verpflichtet.

---

[1] So auch Lenel a. a. O.

[2] Insbesondere Rudorff a. a. O. S. 434; Eck a. a. O. S. 2.

[3] Insbesondere durch Bechmann, Kauf S. 97ff.; derselben Meinung Müller a. a. O. S. 15; Krüger a. a. O. S. 55; Huschke, Nexum S. 171; Casper a. a. O. S. 31.

[4] Müller a. a. O. S. 15 Anm.

[5] So überzeugend Kohler a. a. O. S. 236; a. M. insbesondere Bekker a. a. O. S. 233.

Als erfolgt aber hat auf jeden Fall die Eviktion dann zu gelten, wenn die Sache dem Käufer im Wege des ordentlichen Verfahrens abgestritten ist und das Urteil gegen den Käufer in irgend einer Weise in Vollzug gelangt. Ein Gegenbeweis des Verkäufers,[1]) der dahin geht, daß das richterliche Urteil ungerecht oder infolge nachlässiger Prozeßführung seitens des Käufers gefällt sei, ist bei der Manzipation ausgeschlossen; denn, wie bereits gesagt, ist die Vornahme der Litisdenuntiation unbedingtes Erfordernis für die Anstrengung der actio auctoritatis.[2]) Die Litisdenuntiation bildet eine Pflicht des Käufers, ein Recht des Manzipanten. Verletzt der Käufer diese Pflicht, so ist eine actio auctoritatis von vornherein ausgeschlossen.[3]) Andererseits enthält die auctoritas die Defensionspflicht des Verkäufers, d. h. die Pflicht, sich am Prozesse zu beteiligen. Entzog er sich dieser Pflicht („defugere auctoritatem"), indem er entweder vor Gericht ausblieb oder sich vor Gericht weigerte, dem Eviktionsprozeß als secundus auctor beizutreten, so war die actio auctoritatis gegen ihn gegeben; er galt als confessus und die Sache als per iudicium evinziert, ebenso, wie wenn er selbst an dem Prozeß als procurator in rem suam teilgenommen und ihn verloren habe.[4])

Ob der Verkäufer auch noch in anderen Fällen als unter der Voraussetzung haftet, daß dem Käufer die Sache per iudicium abgestritten worden ist, steht hier noch nicht zur Erörterung.

Die Verletzung der Garantiepflicht, die für den Manzipanten im Augenblicke der Eviktion entsteht, ist es also, welche die actio auctoritatis aus der Manzipation und somit auch aus der satisdatio secundum mancipium begründet. Damit ist diese satisdatio nach allen Seiten fest abgegrenzt: sie stellt sich dar als ein Bürgschaftsversprechen für den Fall, daß dem Käufer die manzipierte Sache rechtmäßig evinziert wurde.

Die Frau ist in vorliegendem Falle Eigentümerin des gekauften fundus geworden, falls und soweit es der Manzipant gewesen ist.

---

[1]) vgl. Windscheid a. a. O. II § 391.

[2]) vgl. Huschke, Nexum S. 184; Lenel, Edictum S. 429; a. M., aber wohl nur in betreff der duplae stipulatio, Windscheid a. a. O. II § 391 Anm. 12.

[3]) vgl. u. a. Huschke a. a. O.

[4]) vgl. Rabel a. a. O. S. 10; Eckstein a. a. O. S. 69 Anm. 1; Kipp a. a. O. S. 149 und die dort Zitierten.

Das ihr gehörige Grundstück hat sie ihrem Ehemann in dotem gegeben. Dies „in dotem dare“ bezeichnet nicht etwa den Akt der Dosbestellung (die dotis datio), sondern die bloße Tatsache erfolgter Übereignung.[1]) Durch die Hingabe der dos wird der Gegenstand derselben, d. h. der fundus, unmittelbar in das Vermögen des Mannes gebracht. Damit ist der Mann, das Eigentum der Frau und der rechtmäßige Eigentumsübertragungsakt vorausgesetzt, zum (prinzipell) unbeschränkten Eigentümer des fundus geworden.[2]) Darin liegt auch die Absicht der Parteien. Und abgesehen davon, daß der Ausdruck „dare“ im Munde der klassischen Juristen die typische Bedeutung von Eigentumsübertragung hat,[3]) kann keiner der für ein nur „prokuratorisches“[4]) oder für ein nur „natürliches“[5]) Eigentum des Mannes an der dos oder für ähnliche Beschränkungen auch schon von den Glossatoren angeführten Gründe als gerechtfertigt erscheinen. Diese beruhen einerseits auf der irrigen Auffassung einiger Quellenstellen,[6]) andererseits auf der falschen Annahme, daß der zwar für die Prästationspflicht des Mannes wichtige Unterschied zwischen Vertretbarkeit und Unvertretbarkeit der in dotem gegebenen Sache für die Frage des Eigentumsübergangs irgendwie in Betracht komme.[7])

Trotzdem nun aber in unserem Falle der fundus dem Manne als dem Eigentümer desselben entzogen worden ist, klagt dennoch die Frau. Jede Erklärung, die diese Tatsache in einem der Frau zustehenden Eigentum an der dos während der Ehe zu begründen sucht,[8]) müssen wir nach dem soeben Gesagten von vornherein

---

[1]) vgl. Hasse S. 259ff. und insbesondere l. 1 C. 5, 12: evicta re, quem fuerat in dotem data, si pollicitatio vel promissio fuerit interposita, wo allerdings die Bedeutung von promissio als promissio dotis bestritten, aber von uns, wie später zu begründen, angenommen wird.

[2]) So die jetzt unbestrittene Meinung; grundlegend Löhr, Magazin f. Rechtsw. S. 57ff.; ebenso Windscheid a. a. O. III S. 21; Baron a. a. O. S. 567; Sintenis a. a. O. S. 36 Anm. 2; Vangerow a. a. O. S. 309; Czyhlarz a. a. O. S. 185; Bechmann, Dotalrecht I S. 127.

[3]) Bechmann a. a. O.

[4]) So Tigerström §§ 35ff.

[5]) So Thibaut, Pand. § 736.

[6]) vgl. Bechmann, Dotalrecht I S. 132, wo alle in Betracht kommenden Stellen eine treffende Widerlegung finden.

[7]) vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 185ff.

[8]) So Westphal a. a. O. S. 251; Frantzke a. a. O. S. 822 Anm. 555.

ablehnen. Der Gedanke eines „Mitanteils“ an einem Vermögensgegenstand und einer „Unität“, in der Mann und Frau während der Ehe leben sollen,[1]) ist obendrein ganz unrömisch.[2])

Wäre der Frau als der Eigentümerin der dos der fundus evinziert worden, so bedürfte die Tatsache, daß sie klagt, gar keiner weiteren Erklärung. Gerade in dem Umstande, daß sie als Nichteigentümerin der dos klagt, haben wir die zu erläuternde Frage zu suchen.

Wie weiter oben festgestellt, hatte die Eviktion als erfolgt und die Prästationspflicht des Manzipanten dann als eingetreten zu gelten, wenn die Sache dem Käufer per iudicium abgestritten und entzogen worden war; es liegt in der Natur der Sache, daß der auctor auch dann dem Käufer zu haften haben wird, wenn dem Rechtsnachfolger desselben iudicio evinziert, er selbst aber von seinem Rechtsnachfolger auf Grund der erfolgten Eviktion belangt worden ist.

Die Haftung des auctor aber auch auf alle Fälle auszudehnen, wo „der Käufer an dem Behalten des Dritten ein Interesse hat“,[3]) geht sowohl für die stipulatio duplae (was später näher zu erörtern sein wird), als auch insbesondere für die an streng formelle Voraussetzungen geknüpfte Haftung aus der Manzipation unbedingt zu weit.[4]) Dies erhellt auch schon aus unserer Stelle selbst; denn die Tatsache, daß die Frau ein Interesse daran hat, daß der Mann die dos behalte, entspringt, wie später zu zeigen sein wird, dem Wesen der dos: falls also der auctor prinzipiell zu haften hätte, wenn der Käufer sein bloßes Interesse nachweist, dann würde der Jurist in unserer Stelle etwas ganz Selbstverständliches, das keiner Erörterung bedürfte, ausgeführt haben.[5])

[1]) So Westphal, wie soeben zitiert.

[2]) vgl. Hasse a. a. O. S. 204 ff.

[3]) So Windscheid a. a. O. II § 391 Anm. 31 und Bekker a. a. O. S. 283, aber wohl auch kaum in betreff der Manzipation!

[4]) Huschke, Nexum S. 182; Fuchs a. a. O. S. 22; Kohler a. a. O. S. 246; Liebe a. a. O. S. 813; Salpius a. a. O. S. 229; und vor allem Cujacius a. a. O. S. 1373: „Evincere est legitimo certamine vincere, id est, cognitione iudicis, et non vincere tantum, sed etiam rem abducere. Plus enim est evincere quam vincere, quia est etiam rem abducere et auferre!“

[5]) Windscheid a. a. O. III § 498 Anm. 2 zieht für den entsprechenden Fall der l. 75 D. 23, 3 auch diese Konsequenz.

Die allgemeine Regel läßt mithin zwei Möglichkeiten zu, unter denen der Frau die actio auctoritatis gegen Manzipanten oder Bürgen zustände: entweder sie wäre Eigentümerin des fundus, oder der Mann klagte gegen sie auf Prästation des ihm entstandenen Schadens und sie stellte die Regreßklage an.

Daß die Frau während der Ehe kein Eigentum an der dos habe, wurde bereits ausgeführt. Die actio auctoritatis kann ihr mithin nur nach Auflösung der Ehe gegeben werden; denn damit wird die Frau, wenn wir vom älteren zivilen Rechte zur Zeit der Republik, das hier ja nicht in Betracht kommt, absehen,[1]) wiederum zur Eigentümerin der dos.

Ob der Mann eine Prästationsklage gegen die Frau hat, hängt mit der Art der Dosbestellung resp. den dabei getroffenen Abreden zusammen.

Wurde die dos auf Grund eines vorangegangenen Versprecheus (dictio oder promissio) bestellt, so war, wie weiter unten zu erläutern sein wird,[2]) die Frau prästationspflichtig.

Zweifellos ist die Frau vor allem dann prästationspflichtig, wenn die dos venditionis causa ästimiert worden ist; denn hier ist nicht der fundus, sondern der Wert desselben in dote. Der fundus ist in das Eigentum des Mannes übergegangen, als habe er ihn gekauft (obgleich er in Wahrheit nichts gezahlt hat). Wird das Objekt dem Ehemann als Käufer evinziert, so hat er die Prästationsklage gegen den Besteller, d. h. gegen die Frau, als wie gegen einen Verkäufer.

In den übrigen Fällen der Dosbestellung, d. h. insbesondere bei der gemeinen dotis datio, wird eine Prästationspflicht seitens des Bestellers, natürlich vorausgesetzt, daß eine solche nicht etwa vertraglich vereinbart, resp. die dotis datio nicht dolo malo seitens des Bestellers erfolgt ist, von nahezu allen Schriftstellern geleugnet.[3]) Ihre Ansicht stützt sich in der Hauptsache auf die l. 1 C. 5, 12 („sin hoc", d. h. pollicitatio vel promissio, „non est factum, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio"),

[1]) vgl. hierüber z. B. Sohm a. a. O. S. 363.

[2]) vgl. S. 23 ff. des Textes.

[3]) Bekker a. a. O. S. 262; Bechmann, Dotalrecht II S. 239; Brinz a. a. O. S. 738; Czyhlarz a. a. O. S. 208; Holzschuher Anm. S. 630; Löhr, Bem. z. Lehre v. d. dos S. 23; Sintenis a. a. O. S. 34; Vangerow a. a. O. § 217 Anm. 2.

die auch Windscheid[1]) als Bestätigung der herrschenden Meinung anerkennt, allerdings mit der Maßgabe, daß l. 1 C. 5, 12 nur eine beschränkte zeitliche Geltung gehabt, die spätere Entwicklung aber zu einer ipso iure aus der dotis datio entspringenden Eviktionshaftung geführt habe.

Eine Stellungnahme gegenüber dieser Windscheidschen Ansicht erscheint vorläufig überflüssig; denn für uns kommt die Zeit Pompons in Betracht, für die der Mangel der Prästationspflicht bei der gemeinen dotis datio demnach als unbestritten (die l. 1 cit. stammt von Septimius Severus und Caracalla) zu gelten hat. Eine Erklärung für das Fehlen der Eviktionshaftung bei der gemeinen dotis datio sucht Brinz[2]) darin, daß er darauf hinweist, „daß die dotis datio seitens der Frau sich dem Manne gegenüber wo nicht als Schenkung, so doch als Liberalität darstellt" und als solche keine Eviktionshaftung begründen kann.[3]) Diese Erklärung ist abzulehnen, da die dos von der Frau gar nicht im Interesse des Mannes, sondern um der Ehe willen gegeben wird; sie ist dahin zu variieren, daß die Frau eine dos gibt, ohne gesetzlich dazu verpflichtet zu sein, daß also auch eine Prästationspflicht nur dann eintreten kann, wenn eine besondere Verpflichtung dazu auf irgend eine Weise begründet wird.

Als Akte der Eigentumsübertragung von res mancipi zwecks Dosbestellung nennt Gaius[4]) außer der Usukapion die Manzipation und die in iure cessio. Da der ersteren die Zahlung des Kaufpreises immanent war, der Ehemann die dos aber nicht bezahlt, kann es sich bei der Dosbestellung nur um die sogen. mancipatio nummo uno gehandelt haben, bei welcher die Zahlung des Kaufpreises fingiert, die actio auctoritatis ausgeschlossen war. Die Übernahme der Gewährleistung seitens der Frau (z. B. im Falle der aestimatio venditionis causa) hätte also auch hier einer besonderen Stipulation bedurft, als welche die repromissio secundum mancipium zu betrachten ist.[5])

Welche Art der Dosbestellung, welche Art einer event. Neben-

---

[1]) a. a. O. III § 495 Anm. 5.

[2]) a. a. O. S. 738.

[3]) l. 18 § 3 D. 39, 5; l. 62 D. 21, 2: ne eo casu liberalitatis suae donator poenam patiatur.

[4]) a. a. O. II § 63.

[5]) vgl. Bechmann, Kauf S. 370 Anm. 1.

abrede in unserem Falle vorliegt, geht aus dem Wortlaut unmittelbar nicht hervor. Nehmen wir an, daß ein Dosversprechen vorangegangen oder eine aestimatio venditionis causa vereinbart worden ist, so gilt, wie aus dem oben Gesagten hervorgeht, die Legitimation der Frau zur actio auctoritatis als vorhanden, sobald der Ehemann auf Grund der per iudicium erfolgten Eviktion gegen die Frau klagt.

Handelt es sich hingegen um eine gemeine dotis datio, so ist die Klage des Ehemanns gegen die Frau und infolgedessen die Klage der Frau gegen den Manzipanten resp. Bürgen ausgeschlossen.

Unter diesen Umständen wäre die Behauptung Windscheids,[1]) daß die Prästationsklage der Frau gegen ihren auctor nichts Besonderes sei, für den Fall der gemeinen dotis datio unhaltbar, sofern er nicht, wie oben bereits gesagt, in betreff der Legitimation zur Prästationsklage seitens des Käufers auf eine Klage seitens dessen Rechtsnachfolgers verzichten und „das bloße Interesse des Käufers an dem Behalten seines Rechtsnachfolgers“ für genügend erklären würde; denn selbst wenn man Windscheids Ansicht[2]) über die Prästationspflicht bei der gemeinen dotis datio teilen würde, könnte man sonst dieselbe in betreff der von Windscheid[3]) gelegentlich seiner obigen Behauptung angeführten l. 75 D. 23, 3 ebensowenig aufrecht erhalten als wie in betreff unserer Stelle selbt.[4]) Für die Zeit der l. 1 C. 5, 12 gibt auch Windscheid den Mangel der Prästationspflicht bei der dotis datio zu: l. 75 D. 23, 3 aber stammt von Tryphonin, der zur Zeit Caracallas lebte, d. h. zur selben Zeit, zu der l. 1 C. 5, 12 ergangen ist.

Demnach dürfte es klar sein, daß Lottmar[5]) Windscheid mißverstanden hat, wenn er es so darstellt, als hänge dessen Behauptung, die Tatsache, daß der Frau der Entwährungsanspruch zustehe, wenn die als dos gegebene Sache dem Manne evinziert würde, sei nichts Besonderes, überhaupt irgendwie mit ihrer eigenen Eviktionshaftung zusammen, die bei den verschiedenen Arten der Dosbestellung eine jeweilig verschiedene sei. Den Ausgangspunkt für Windscheids Behauptung bildet nicht die Frage, ob es sich um

[1]) a. a. O. III § 498, 2
[2]) a. a. O. III § 495 Anm. 5.
[3]) a. a. O. III § 498, 2.
[4]) vgl. oben im Text S. 10.
[5]) Bei Brinz a. a. O. § 476 Anm. 23.

eine die Prästationspflicht der Frau bedingende Dosbestellung oder um die gemeine dotis datio handelt, sondern die Tatsache, daß das Interesse der Frau durch die Eviktion der Dos verletzt sei, dies aber zu einer Prästationsklage ihrerseits gegen die Bürgen genüge.

Windscheids Ansicht ist deshalb für uns unannehmbar, weil wir seine Meinung betreffs Zuständigkeit der Prästationsklage nicht teilen. Anders steht es mit der Ansicht von Lottmar[1]) selbst, der, gestützt darauf, daß aus der gemeinen dotis datio kein sofortiger Eviktionsregreß resultiere, annimmt, daß es sich bei uns um solche dotis datio handle, und daß deshalb, diese Annahme vorausgesetzt, die Entscheidung des Pompon etwas Besonderes darstelle.

Diese Ansicht ist für uns nicht auf Grund ihrer Voraussetzung, sondern wegen ihrer Folgerung unhaltbar. Nehmen wir an, es handle sich nicht um die dotis datio, so daß die Prästationsklage gegen die Frau nicht ausgeschlossen wäre, dann würde auch Lottmar, wie es als argumentum e contrario aus seiner Ansicht folgt, gleich Windscheid in unserer Stelle „nichts Besonderes" erblicken können. Hätte er damit recht?

Daß die Frau überhaupt klagen könnte (nämlich vorausgesetzt, daß ihr Mann gegen sie klagt), wäre damit zwar erklärt; daß die Frau aber sofort klagen darf, wie es bei uns der Fall ist, das wäre damit noch keineswegs begründet; denn von einer (von uns zur Begründung der Regreßklage seitens der Frau gegen die Bürgen geforderten) Klage des Mannes gegen die Frau ist in unserer Stelle keine Rede.

Eher könnte man gerade auf den Gedanken kommen, daß es sich um eine dos handle, bei der infolge einer dotis promissio oder durch eine aestimatio venditionis causa die Frau zur Prästation verpflichtet ist, und daß „sofort klagen" so viel bedeute, als nicht erst nach erfolgter Klage seitens des Mannes gegen die Frau klagen.[2]) Aber auch diese Annahme müssen wir ablehnen, weil eine solche Entscheidung völlig dem von uns für die Manzipation und die duplae stipulatio oben anerkannten Prinzipe widersprechen würde, daß das bloße Interesse des Käufers nicht genüge, um die Prästationsklage gegen den auctor erheben zu können.

---

[1]) Wie soeben zitiert.

[2]) So Glück a. a. O. XX S. 427; Waechtler a. a. O. S. 151.

Noch ein anderer Grund zwingt uns, jede Möglichkeit einer Erklärung auszuschließen, die etwa voraussetzt, daß es sich in unserer Stelle um eine venditionis causa ästimierte dos handle.

Als wir die Ansicht von Lottmar über unsere Stelle für unhaltbar erklärten, lehnten wir damit nur die Konsequenzen seiner Annahme, daß wir es in unserem Falle mit einer gemeinen datio dotis zu tun hätten, nicht aber diese Annahme selbst ab. Die Erklärung dafür, daß es sich bei uns in der Tat um eine aestimatio venditionis causa nicht handeln kann, finden wir bei Müller.[1]) Hätte die Frau den fundus ihrem Manne venditionis causa aestimatus übereignet, so wäre in dote nicht das Grundstück selbst, sondern der Wert. Wird dem Mann der fundus später evinziert, so ist das sein eigener Schaden, den er durch Prästationsklage gegen den Besteller der dos geltend machen kann. Damit wäre zwar in unserem Falle das Interesse der Frau ebenfalls geschädigt, da sie die Bestellerin der dos gewesen ist. Ihre dos indessen, d. h. der Wert des Grundstücks, würde durch die Eviktion keinerlei Verminderung erleiden.

Der Jurist aber begründet die Klage der Frau gegen die Bürgen gerade damit, daß die Frau durch die Eviktion „minorem dotem habere coepisset". Ist der fundus überhaupt ästimiert worden — dies geht allerdings aus dem Wortlaut nicht hervor, so daß es möglich erscheint, daß er ohne jede Nebenabrede dem Manne in dotem gegeben worden ist —, dann kann es sich, wie Müller richtig bemerkt, nur um eine aestimatio taxationis causa gehandelt haben, bei der das Objekt und nicht der Wert des Objektes in dotem gelangt.

Es liegt hier also eine gemeine dotis datio vor, bezüglich derer dem Manne im Falle der Eviktion überhaupt keine Klage gegen die Frau zusteht.

Durch alle in Betracht gezogenen Momente werden wir demnach gezwungen, die wesentliche Bestimmung in der vorliegenden Quellenstelle darin zu suchen, daß die Frau, trotzdem sie erst nach Auflösung der Ehe wieder Eigentümerin der dos wird, dennoch sogleich klagen kann.[2])

---

[1]) a. a. O. S. 138 Anm. 56.

[2]) Ebenso Glück a. a. O. XXV S. 85 im Gegensatze zu Bd. 20; vgl. S. 12 Anm. 2 des Textes.

Die Rechtsverletzung, d. h. die Verletzung der Garantie, ist eingetreten durch die erfolgte Eviktion. Der Rechtsschutzanspruch wäre vorhanden im Augenblicke der Auflösung der Ehe. Die sofortige Prästationsklage stellt sich also dar als die Umwandlung eines (durch Auflösung der Ehe) befristeten Rechtsschutzanspruchs in einen unbefristeten.

Die Notwendigkeit einer solchen Umwandlung liegt auf der Hand: stürbe der Ehemann gleich nach der Eviktion, dann könnte die Frau ihren Bürgen sofort belangen; sonst aber müßte sie, um zu ihrem Rechte zu gelangen, warten, bis ihr Ehemann stirbt. Das wäre in der Tat ein unhaltbarer und jedem Rechtsgefühl Hohn sprechender Zustand!

Die Frau klagt, sagt Pomponius, „quasi minorem dotem habere coepisset vel etiam nullam, si tantum maritus optulisset, quanti fundus esset". Mommsens Lesart „marito" ist unbedingt irrig;[1]) denn diese Lesart würde die von uns abgelehnte Annahme bedingen, daß die Frau dem Ehemann ersatzpflichtig wäre.

Da Pomponius erklärt, daß die Frau keine dos mehr habe, wenn der Ehemann so viel bezahlt, als das Grundstück wert ist, können wir folgerichtig schließen, daß der Jurist, wohl der Einfachheit halber, ein Beispiel gebildet hat, wo das Grundstück den einzigen Dotalgegenstand ausmacht.[2])

Ferner geht es aus dem Wortlaut hervor, daß der Ehemann, nachdem er im Prozeß unterlegen ist, anstatt das Grundstück in natura zu restituieren, den Evinzenten durch Erlegung einer Geldsumme abgefunden hat.

Über die der Eviktion des fundus zugrunde liegende Klage ist nichts gesagt; vielleicht handelt es sich um die actio Serviana,[3]) jedenfalls aber nicht um eine das Eigentum erschöpfende Klage (rei vindicatio, actio Publiciana), da die Frau ja sonst auf jeden Fall gar keine dos mehr haben würde, es hier aber heißt, daß die Frau nur dann ohne dos sein werde, „si maritus tantum optulisset, quanti fundus esset".[4])

---

[1]) So auch Huschke, Pandektenkritik S. 63; a. M. Kempin a. a. O. S. 84, aber ohne jede Begründung!

[2]) So auch Müller a. a. O. S. 140.

[3]) Pothier a. a. O. S. 311 Anm. 3.

[4]) Dies hat also als Bestätigung der Annahme (vgl. Huschke, Nexum S. 182) zu gelten, daß die actio auctoritatis auch dann Platz greift, wenn die Eviktion auf einem anderen ius in re als dem Eigentum beruht.

Die Bezahlung der litis aestimatio durch den Ehemann steht einer tatsächlich erfolgten Eviktion gleich. Diese Tatsache scheint den Glossatoren Schwierigkeiten bereitet zu haben, da sie den Umweg der impensae necessariae wählten, um sie zu erklären. Mit Recht wendet gegen diese juristische Konstruktion Müller[1]) ein, daß eine rechtliche Verpflichtung des Mannes zu solcher Aufwendung gar nicht begründet sei (der Ehemann vielmehr in natura restituieren könne) und man infolgedessen die Bezahlung der litis aestimatio nicht als den Aufwand von impensae necessariae (deren Begriffsmerkmale aus l. 4 D. 25, 1 erhellen) betrachten kann.

Eine vollständig ausreichende Erklärung der von den Glossatoren behandelten Frage bildet der Umstand, daß nach Zahlung der litis aestimatio der Ehemann das Grundstück nicht mehr ex causa dotis besitzt, sondern nunmehr nur noch „ex empto possidenz“ ist.[2])

Die Begründung der Klage beruht also darauf, daß durch die Eviktion zwar nicht ein im Eigentum der Frau stehender Gegenstand, wohl aber die dos, resp. ein Teil der dos, evinziert wurde, d. h. sie beruht auf der Eigenart der dos überhaupt.

Die Tatsache der Eviktion trifft die Frau zweifellos dann, wenn sie sich nach Auflösung der Ehe in ihrem Eigentum verletzt sieht. Die Klage, die Pomponius gibt, erscheint uns von diesem Gesichtspunkt aus als eine frühe Anerkennung der auch im modernen Rechte berücksichtigten Notwendigkeit einer Klage für den Fall, daß der Gläubiger im Lauf oder durch den Lauf der Zeit seines feststehenden Rechtes verlustig gehen könnte; denn es ist wohl fraglos, daß die Frau infolge einer Hinausschiebung der Regreßklage bis zum Augenblicke der Eheauflösung den jetzt offenen Weg der Rechtsverfolgung allmählich erschwert und womöglich versperrt finden könnte, selbst dann, wenn der Manzipant zur Herbeiführung dieses ihm natürlich erwünschten Zustandes nicht einmal selbsttätig beigetragen haben sollte.

Das moderne Recht allerdings gewährt hier nur eine Klage „auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses“ (§ 256 ZPO.), resp. eine Klage „auf künftige Leistung“

---

[1]) a. a. O. S. 141 Anm. 59.

[2]) So Pothier a. a. O. S. 311 Anm. 3; Müller a. a. O. S. 141; Glück a. a. O. XXV S. 85.

(§ 259 ZPO.), „falls den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen[1]) werde".

Der Gedanke, daß auch die vorliegende Klage präiudizieller Natur sei, ist unbedingt zurückzuweisen; denn abgesehen davon, daß der Jurist es wohl ausgesprochen haben würde, wenn es sich tatsächlich nur um eine präiudizielle Klage gehandelt hätte, so geht auch schon aus der Klagbegründung Pompons („quasi minorem dotem habere coepisset") hervor, daß die Frau durch die Eviktion schon jetzt geschädigt ist und folgerichtig auch schon jetzt entschädigt werden soll.

Die Tatsache aber, daß sie jetzt schon geschädigt ist, bedarf kaum einer näheren Erörterung. Mit der Eviktion geht ihr die dos verloren; die dos ist es aber gerade, welche der Frau die soziale Stellung als mater familias, als domina, und je nach ihrer Größe als mehr oder minder gleichberechtigte Genossin des Mannes verschafft.[2]) „Der ungeschmälerte Bestand derselben allein bietet ihr hinreichende Garantie, daß das eheliche Band erhalten bleiben werde. Ist die dos durch Eviktion geschmälert oder gar vollständig aufgezehrt, so ist Gefahr vorhanden, daß der Mann die Scheidung vornehmen werde. Um dieser Gefahr zu entgehen, muß die Frau schon jetzt die Möglichkeit haben, jene Schmälerung wieder auszugleichen".[3]) Daß der Verlust der dos erst nach Auflösung der Ehe in dem Vermögen der Frau zutage tritt, ändert daher an der Tatsache des unmittelbar eingetretenen Schadens gar nichts.

Deshalb sind auch die weitläufigen Ausführungen Müllers,[4]) die nichts nachweisen als das ganz zweifellos auch schon constante matrimonio feststehende vermögensrechtliche Interesse der Frau an der dos, wohl nahezu überflüssig; sie suchen damit allein das Wesen der sofortigen Prästationsklage zu erklären und tragen infolgedessen nur dazu bei, die Eigenart des in der sofortigen Prästationsklage zum Ausdruck gelangenden Rechtsschutzanspruches in den Hintergrund zu rücken. Das Vorhandensein dieses Anspruchs hatte deshalb als zweifelhaft für uns zu gelten, weil die actio

[1]) vgl. Hellwig a. a. O. S. 386.
[2]) vgl. Bechmann, Dotalrecht Bd. 1 S. 37.
[3]) So Bechmann, Dotalrecht Bd. 1 S. 135.
[4]) a. a. O. S. 138ff.

auctoritatis, wie oben erläutert, nur dann gegeben zu werden pflegte, wenn dem Käufer selbst per iudicium evinziert und das Urteil gegen ihn vollstreckt oder aber von seiten seines Rechtsnachfolgers gegen ihn die Prästationsklage mit Erfolg geltend gemacht worden war, sie hier aber zusteht, obwohl die Frau weder Eigentümerin der dos ist, noch evictionis nomine von ihrem Rechtsnachfolger belangt wird.

Wenn man aber, um dies zu begründen, dennoch auf das durch die Eviktion geschädigte vermögensrechtliche Interesse der Frau an der dos constante matrimonio irgend welches Gewicht legen will, indem man vielleicht der Meinung ist, daß die Begründung der sofortigen Prästationsklage eines solchen Interesses unbedingt bedarf, so muß klargestellt werden, daß das Interesse der Frau an der dos zum mindesten nicht mehr durch die Eviktion beeinträchtigt wird als das Interesse des Mannes.[1])

Die dos ist dazu bestimmt, den „onera matrimonia“ zu dienen.[2]) Wird die dos evinziert, so verliert der Ehemann sein Eigentum, ohne daß ihm in dem bei uns gegebenen Falle der gemeinen dotis datio eine Prästationsklage gegen den Besteller zusteht. Damit ist er aber nicht etwa von seiner Verpflichtung befreit, den durch die Ehe verursachten Vermögensaufwand zu tragen,[3]) obschon er denselben vielleicht nach Eviktion der dos einschränken wird. Daß dies allerdings auch dem Interesse der Frau zuwider sein mag, sei hier nicht bestritten. Aber von diesem Standpunkt aus stellt sich die Klage der Frau als zum mindesten ebenso im Interesse des Mannes wie in ihrem eigenen Interesse gegeben dar.

Nachdem hiermit festgestellt, daß die Frau, weil sie ihre dos verloren hat, zur sofortigen Klage legitimiert ist, fragt es sich, womit die Frau klagt. Wir haben festgestellt, daß unsere Stelle von einer satisdatio secundum mancipium handelt. Die Klage der Frau ist demnach die sogen. actio auctoritatis.

Mulier agere potest „emptionis nomine“, sagt Pompon. Lenel will anstatt „emptionis“ „evictionis“ lesen und dürfte damit recht haben: die Frau klagt „wegen der Eviktion“! Daß sie „aus dem

---

[1]) So auch Löhr, Magazin f. Rechtsw. S. 67.

[2]) vgl. Windscheid a. a. O. III § 492, 1.

[3]) So auch Bechmann, Dotalrecht I S. 136; vgl. z. B. l. 7 pr. D. 23, 3.

Kaufvertrage“[1]) klagt, könnte man nur dann verstehen, wenn man annehmen würde, daß Pomponius dem alten Laienbewußtsein[2]) ein Zugeständnis gemacht hätte, welches die Bürgenstellung durch den Verkäufer als eine einem jeden Kaufe immanente Handlung betrachtete. Da dies aber schwerlich anzunehmen sein dürfte, erscheint Lenels Lesart jedenfalls als die wahrscheinlichere.

Die erfolgte Eviktion bildet die materielle Begründung der actio auctoritatis. Zu ihren formellen Voraussetzungen gehört vor allem die Tatsache der Litisdenuntiation an den Manzipanten. Daß die Frau dem auctor nur dann litem denuntiieren kann, wenn sie von einer gegen den Mann schwebenden Eviktionsklage erfährt, ist ebenso selbstverständlich, wie daß sie weder gegen den Manzipanten noch gegen die Bürgen eine Klage hat, wenn durch ihres Mannes resp. durch ihre eigene Schuld die Litisdenuntiation an den auctor nicht erfolgt ist.[3])

Da der Jurist in unserem Falle der Frau die Klage zuspricht, haben wir unbedingt anzunehmen, daß alle formellen Voraussetzungen für die actio auctoritatis erfüllt sind. Die Tatsache, daß der fundus dem Ehemann per iudicium evinziert worden ist, schließt die stillschweigende Voraussetzung in sich, daß die Frau vom Prozeß rechtzeitig Kenntnis erlangt und ihrem auctor den Streit denuntiiert hat.

Es bleibt jetzt nur noch zu erwähnen übrig, daß die Bürgen[4]) ebenso zur Klage passiv legitimiert sind wie der Manzipant selbst. Eine Streitverkündung auch ihnen gegenüber erscheint keineswegs notwendig: die formellen Voraussetzungen der actio auctoritatis gegen den Bürgen sind vorhanden, sobald die actio auctoritatis gegen den Manzipanten selbst gegeben ist.[5]) Dem Käufer aber, d. h. der Frau, steht es frei, sich nach Belieben erst an die Bürgen oder erst an den Manzipanten zu halten.[6])

---

[1]) Daß „emptionis“ für „mancipationis“ interpoliert ist, erscheint nicht ausgeschlossen; aber „emptio“ kann auch von Pompon selbst an Stelle von „mancipatio“ gebraucht worden sein.

[2]) vgl. Kohler a. a. O. S. 244.

[3]) Auch hierüber weite Auseinandersetzungen bei Müller a. a. O. S. 145 ff.

[4]) Wahrscheinlich fidesponsores anstatt der bei Justinian allein noch vorkommenden fideiussores.

[5]) vgl. S. 4 u. 5 des Textes.

[6]) vgl. z. B. l. 3 § 1 D. 45, 2.

In engem Zusammenhange mit der soeben besprochenen Stelle scheint auf den ersten Blick die folgende l. 23 (Ulpianus libro XXIX ad Sabinum) zustehen. Auch hier wird vorausgesetzt, daß die Frau ein von ihr gekauftes Grundstück ihrem Manne in dotem gegeben hat und dasselbe dem Ehemann evinziert worden ist; der einzige Unterschied scheint darin zu bestehen, daß die Eviktion erst nach dem Tode der Frau erfolgt.

Aber eine nähere Betrachtung lehrt, daß beide Stellen sich keineswegs derart gleichen, wie es auf den ersten Blick aussieht, und daß der scheinbare Zusammenhang nur oberflächlich durch die Hand der Kompilatoren hergestellt ist.

„Sed et si post mortem mulieris evincatur, regressus errit ad duplae stipulationem" heißt es hier. Aber in der vorangehenden Stelle war, wie wir festgestellt haben, von der duplae stipulatio gar keine Rede. Da eine Anknüpfung Ulpians, ad Sabinum, an Pomponius, ex Plautio, schon inskriptionsmäßig nicht vorliegt, so kann es als feststehend gelten, daß die Anknüpfung dieser Stelle an die vorige nicht von Ulpian selbst, sondern von den Kompilatoren herrührt, und der Gedanke liegt nahe, daß dieselben dabei auch Umänderungen des auf sie überkommenen Textes vorgenommen haben.

In der Tat hat auch Gradenwitz[1]) die Behauptung aufgestellt, daß wir es hier mit einer Interpolation zu tun haben. Diese Behauptung stützt sich auf drei Gründe:

1. In den Quellen kommt der Ausdruck „regressus" nur vereinzelt vor; darin sieht Gradenwitz eine an und für sich schon eigentümliche Erscheinung. „Entweder hatte man", so sagt er,[2]) „die allgemeine Denkform des Regresses, dann ist nicht zu begreifen, warum man von ihr einen so spärlichen Gebrauch machte, oder man hatte sie nicht, dann konnte auch das Wort nicht in die Sprache hineinschlüpfen."

Daß ein solch allgemeines Argument so lange Hypothese bleibt, als nicht gewichtigere Gründe für das Behauptete mitsprechen, gibt Gradenwitz selbst zu. Lenel[3]) stellt es aber überhaupt in Frage, ob das Wort „regressus" einen entscheidenden Verdachts-

[1]) a. a. O. S. 83ff.
[2]) s. S. 80 a. a. O.
[3]) Zeitschr. der Savigny-Stiftung Bd. 9 S. 178.

grund bilde. Es ist also klar, daß dies Argument uns nicht genügen darf.

2. Noch weniger als der erste kann der zweite Punkt der Begründung die Möglichkeit einer Interpolation erhärten. Wie schon gesagt, ist in der vorhergehenden Stelle von der satisdatio secundum mancipium, hier von der stipulatio duplae die Rede. Wenn trotzdem beide Stellen in enge Beziehung miteinander gebracht werden, so läßt das wohl einen Schluß auf die Oberflächlichkeit der Kompilatoren zu, beweist aber noch keineswegs, daß die Stelle in ihrem Bestande selbst interpoliert sei. Beide Stellen haben verschiedene Verfasser und behandeln verschiedene Fälle: wer kann also wissen, an welchen Tatbestand Ulpians Worte ursprünglich anknüpften?[1])

3. Schwerwiegend und ausschlaggebend ist allein das dritte Argument, das Gradenwitz ins Treffen führt. „Das Einschiebsel" (regressus erit ad duplae stipulationem), sagt er, „nimmt dem Ulpianschen Satze alle Kraft; läßt man es weg, so ist ‚et ipsi ... possunt' Nachsatz zu ‚quia ... potest', was lateinisch und logisch richtig ist. Behält man es bei, so wird alles Folgende koordiniert und ein inkonzinner Wortschwall." Es ist klar, daß er darin vollkommen recht hat. Man kann es wohl als ausgeschlossen bezeichnen, daß Ulpian gesagt haben soll: „es wird ein Zurückgreifen auf die duplae stipulatio stattfinden, weil die Erben aus der Stipulation klagen können". Die Unmöglichkeit eines solchen Satzaufbaues bei der sonstigen Reinheit und Klarheit des Ulpianschen Stils wird auch von Brinz[2]) und von Huschke[3]) nicht geleugnet; aber beide schlagen zur Erklärung dieser Unmöglichkeit verschiedene und andere Wege als Gradenwitz ein.

Brinz glaubt die ganze Schwierigkeit lösen zu können, wenn man vor quia (wie Torelli und Kriegel) Punkt oder Semikolon setzt und damit „et ipsi . . . posunt" zum Nachsatz macht. Daß damit stilistisch ein Vorteil errungen ist, sei nicht geleugnet. Der Sinn aber bleibt nach wie vor flach, der Satz „regressus erit ad duplae stipulationem" nach wie vor überflüssig.

Dies ändert sich auch dann nicht, wenn man zu Huschkes

[1]) Ebenso Brinz a. a. O. § 482 Anm. 40.
[2]) a. a. O. § 482 Anm. 40.
[3]) Pandektenkritik S. 63/64.

geistvoller Erklärung greift. Huschke behauptet, daß hinter stipulationem des Klanges wegen das „nam“ ausgefallen wäre, und man ferner statt „quia“ „quum“ lesen müßte (letztere Annahme wird weiter unten zu prüfen sein).

Wir bleiben also bei der Gradenwitzschen Interpretation, die nicht nur als die einfachste Lösung der Frage erscheint, sondern sich auch auf die bei den meisten Interpolationen beobachtete Tatsache stützt, daß die Kompilatoren Stellen aus Juristenschriften aus ihrem Zusammenhange reißen, um sie durch eigene Hinzufügungen dem von ihnen beabsichtigten Zusammenhange anzupassen und mit dem Recht der justinianischen Epoche in Einklang zu bringen.[1])

Die Tatsache dieser Interpolation vorausgesetzt, lautet also unsere Stelle in der Übersetzung folgendermaßen: „Aber wenn erst nach dem Tode der Frau die Eviktion erfolgt, werden auch die Erben der Frau ex stipulatu klagen können, weil der Ehemann ex promissione gegen sie klagen kann“.

Der Tatbestand ist also folgender: Die Frau hat einen fundus gekauft und sich duplum stipulieren lassen. Dann hat sie das Grundstück in dotem gegeben; nach ihrem Tode wird dasselbe dem Ehemann evinziert. Wie gestaltet sich die Rechtslage? Der Mann klagt ex promissione gegen die Erben, die Erben klagen ex stipulatu gegen den Verkäufer.

Die Frau hat ein Grundstück gekauft. Welcher Art dieser Kauf gewesen ist, läßt sich nicht feststellen. In der vorigen Stelle weist die satisdatio secundum mancipium untrüglich auf die Manzipation als den zugrunde liegenden Übereignungsakt hin. Die duplae stipulatio ermöglicht keine Bestimmung des ihr kausalen Geschäftes. Sie bildet einen abstrakten Verbalkontrakt, der dazu dient, daß der Verkäufer dem Käufer das „habere licere“ gewährleistet, kann also sowohl zur Manzipation hinzutreten, um sie im Falle eines Formmangels nach der Seite der Gewährleistungspflicht zu ersetzen, als auch neben einem anderen Übereignungsakte abgeschlossen werden, um eine Gewährleistungspflicht zu konstituieren.

Daß andererseits die actio ex stipulatu in vieler Hinsicht der actio auctoritatis gleicht, ist leicht erklärlich; denn die Gewährleistungspflicht bei der Stipulation hat ja in der auctoritas ihr historisches Vorbild zu suchen. Entwickelt hat sich die duplae

[1]) s. Appleton a. a. O. S. 20.

stipulatio im ädilizischen Edikt.[1]) Dort gerade fehlte die Manzipation und mit ihr die auctoritas: die stipulatio sollte die Folgen dieses Mangels ersetzen.[2]) Damit ist nicht gesagt, daß sie an die Stelle der auctoritas treten und alle ihre Voraussetzungen und ihren Inhalt teilen sollte.

Wie weiter oben ausgeführt,[3]) konstituiert der Akt der Manzipation zweierlei Pflichten: 1. die Leistungspflicht, 2. die Prästationspflicht. Die Stipulation bezweckt allein die Garantie einer Prästationsleistung, d. h. sie garantiert dem Käufer das „habere licere". Aber während bei der Manzipation die Prästationspflicht des Verkäufers in engem Zusammenhange mit einer anderen, der sogen. Defensionspflicht, stand, ist dies bei der Stipulation nicht der Fall. Die Defensions*pflicht* des Verkäufers ist hier für ihn zu einem bloßen Defensions*recht*, einem Beitrittsrecht, geworden.[4]) Dies zeigt sich einerseits darin, daß der Käufer, obgleich er den Streit zu verkünden hatte,[5]) dennoch, auch wenn er dies unterläßt, gegen den Verkäufer ex stipulatu zu klagen berechtigt ist, falls er nachweist, daß er besiegt ist und trotz der Unterstützung des auctor im Prozesse besiegt worden wäre.[6]) Andererseits aber tritt dies dadurch in die Erscheinung, daß der Verkäufer, der trotz erfolgter Litisdenuntiation sich geweigert hat, am Eviktionsprozesse teilzunehmen, damit noch nicht haftbar wird; daß ihm vielmehr selbst *nach* erfolgtem Urteil der Nachweis offensteht, daß das Urteil ihm gegenüber aus irgend welchen Gründen (dolus des prozeßführenden Käufers usw.) unwirksam sei.[7])

Ungeachtet dieser Veränderungen aber erfordert es die actio ex stipulatu ebenso wie ihre Vorgängerin, die actio auctoritatis, daß die Eviktion per judicium erfolgt sei.[8])

Wenn es also in unserer Stelle „si post mortem mulieris evincatur" heißt, so haben wir in *dieser* Beziehung auf die voran-

[1]) vgl. l. 5 pr. D. 45, 1.

[2]) So *Lenel*, Edictum S. 445.

[3]) s. S. 5 des Textes.

[4]) vgl. insbesondere *Eckstein* a. a. O. S. 69ff.

[5]) vgl. *Rabel* a. a. O. S. 76.

[6]) So insbesondere *Bekker* a. a. O. S. 300 auf Grund von l. 53, 1 D. 21, 21; ebenso *Windscheid* a. a. O. II § 391 Anm. 12.

[7]) vgl. *Rabel* a. a. O. S. 73ff.

[8]) vgl. einerseits die oben S. 8 Anm. 3 u. 4 Zitierten, andererseits die Ausführungen unten, S. 30.

gehende Stelle des Pompon zurückzugreifen und dementsprechend „per judicium evincatur“ zu ergänzen. Die Richtigkeit dieser Ergänzung bestätigt der Umstand, daß in der Kürze des Ulpianschen Satzes auch marito fortgelassen ist, trotzdem (oder vielleicht gerade weil) es aus dem Zusammenhange unzweifelhaft hervorgeht, daß dem Ehemann der fundus entzogen wird.

Damit sind die Voraussetzungen der duplae stipulatio erläutert. Daß der Inhalt der Stipulation nur in der Regel (daher der Name stipulatio duplae) aufs Doppelte ging, im übrigen aber im Gegensatze zur auctoritas variabel war,[1]) kommt hier nicht in Betracht.

Wesentlich in unserem Zusammenhang ist allein noch der Umstand, daß die Stipulation sowohl aktiv — wie es aus unserer Stelle unzweifelhaft hervorgeht — als auch passiv[2]) vererblich ist.

Das von der Frau gekaufte Grundstück ist in dotem gekommen. Nach dem in der Ehe erfolgten Tode der Frau wird das Grundstück dem Manne im Wege des ordentlichen Verfahrens evinziert. Der Mann klagt ex promissione gegen die Erben.

Es fragt sich, was wir darunter zu verstehen haben. Daß der Ehemann auf Grund der Eviktion klagt, daß er klagt, um den Wert des ihm evinzierten Grundstücks zurückzuerhalten, ist klar. Fraglich ist es nur, ob es die bloße Tatsache einer promissio dotis oder einer besonderen promissio evictionis nomine ist, auf die er seine Klage stützt.

Die Frage der Eviktionshaftung bei der dos wurde von uns bereits oben gestreift: wir behaupteten, daß die dotis promissio eine Prästationspflicht seitens der Frau gegenüber dem Manne begründe, obgleich wir feststellten, daß dies bei der gemeinen dotis datio nicht der Fall sei. Wie ist dieser Gegensatz zu erklären? Müßte es nicht eigentümlich erscheinen, wenn die beiden Arten der Dosbestellung in dieser Hinsicht verschieden wirken sollten?

Sowohl Windscheid[3]) als auch Brinz[4]) und Dernburg[5]) werfen diese Frage auf und beantworten sie auf gleiche Weise. „Ist die dotis constitutio als dotis datio nicht schlechthin wegen

---

[1]) vgl. Casper a. a. O. S. 41.
[2]) vgl. l. 51 § 1 D. 21, 2.
[3]) a. a. O. III § 495 Anm. 5.
[4]) a. a. O. S. 735.
[5]) a. a. O. S. 32 Anm. 16.

Eviktion verpflichtend, so läßt sich nicht einsehen, warum dies bei der dotis promissio schlechthin der Fall sein soll."[1])

Während nun aber Windscheid (wenigstens für die Zeit nach der l. 1 C. 5, 12) eine ipso iure eintretende Prästationspflicht bei der gemeinen dotis datio annimmt, wird dieselbe von Dernburg und Brinz geleugnet. Die Konsequenzen ergeben sich ohne weiteres; Windscheid behauptet: bei beiden Arten der Dosbestellung wird pro evictione gehaftet. Dernburg und Brinz sagen: keine der beiden Arten der Dosbestellung verbürgt eine Eviktionshaftung.

So einheitlich diese beiderseitigen Ansichten auch scheinen mögen, so falsch ist dennoch die beiden Ansichten zugrunde liegende Voraussetzung.

Es ist gar nicht einzusehen, warum die verschiedenen Arten der Dosbestellung nicht auch verschiedene Verpflichtungen entstehen lassen sollen.

Wenn Windscheid fragt, ob man etwa keine Verpflichtung entstehen lassen wolle aus der Erklärung: „ich gebe als dos dies Grundstück", so ist dem entgegenzuhalten, daß ja nicht einmal beim Kauf einer res mancipi dem Verkäufer aus der bloßen Tradition eine Gewährleistungspflicht erwächst; warum soll sie also der bloßen traditio dotis causa immanent sein?

Wenn Brinz (und ähnlich Dernburg) sagen: „mehr als eine dos geben will auch der Promittent nicht", so steht dem entgegen, daß der Promittent zu mehr als eine dos zu geben auch nicht verpflichtet ist, die Verpflichtung des dotem dans aber nicht einmal darin besteht, wirklich eine dos zu geben, sondern nur darin, nicht bewußt keine dos zu geben. Dolus macht beide, den dotem promittens und den dotem dans, haftbar. Trotz vorhandener bona fides aber kann nur der verpflichtet sein, den Mangel der Leistung zu prästieren, der verpflichtet war, die Leistung zu bewirken. Eine solche Verpflichtung enthält nur die dotis promissio, nicht die dotis datio.[2]) Die Analogie der Schenkung aber heranzuziehen, geht, wie bereits bei der dotis datio erläutert,[3]) auch bei

[1]) So Brinz, wie eben zitiert.

[2]) vgl. S. 10 des Textes. Nicht hierher gehört der Fall der dos necessaria, die durch dotis datio bestellt wird. Wenn hier eine Prästationspflicht (was sehr bestritten ist) ipso iure eintritt, so beruht dies ebenfalls auf einer Verpflichtung, nämlich auf der Redotationspflicht.

[3]) vgl. ebenfalls S. 10 des Textes.

der dotis promissio nicht an: die Bestellung einer dos ist nun einmal kein Akt der Schenkung.[1]) Wenn Thibaut[2]) nachweist, daß selbst im Fall des Schenkungsversprechens der Schenker nicht prästationspflichtig wird, so bildet das eine Ausnahme von der Regel und etwas Spezifisches für die Schenkung.

Daß aber im Falle der Eviktion der dos die von dem dotis promissor geschuldete Leistung in der Tat nicht bewirkt ist,[3]) erscheint zweifellos; denn nach erfolgter Eviktion ist die Rechtslage die gleiche, wie wenn von vornherein die versprochene Leistung unerfüllt geblieben wäre.

Wir haben also festgestellt, daß wir aus Gründen der Folgerichtigkeit keineswegs genötigt sind, eine Prästationspflicht bei der dotis promissio zu leugnen, wenn wir eine solche im Falle der dotis datio ablehnen. Damit ist es aber noch keineswegs erwiesen, daß wir in unserer Stelle unter der promissio wirklich eine promissio dotis zu verstehen haben.

Ganz unerklärlich erscheint die Behauptung von Lottmar,[4]) daß unsere l. 23 D. 21, 2 dann zweifellos für eine dotis promissio spräche, wenn man ihren Inhalt mit der vorangehenden l. 22 § 1 cit., die doch von der dotis datio handle, vergleicht. Eher könnte man das Gegenteil behaupten; ja man wäre geradezu genötigt, dies zu tun, wenn man nicht die Oberflächlichkeit der Kompilatoren berücksichtigen müßte. L. 22 § 1 cit. spricht von der dotis datio; l. 23 knüpft an den Inhalt der vorangehenden Stelle eng an, derselbe Tatbestand scheint ihr zugrunde zu liegen: wie könnte man also ohne weiteres annehmen, daß das eine Mal von einer dotis datio, das andere Mal von einer dotis promissio die Rede sein soll?!

An anderer Stelle finden wir indessen mehr Klarheit über diesen Punkt. Die bereits weiter oben erwähnte l. 1 C. 5, 12 zwar dürfen wir nicht heranziehen; denn gerade sie ist es, bei welcher der Kampf der Meinungen über das Wesen der auch dort erwähnten promissio am heißesten tobt. Unzweifelhaft aber geht es aus l. 98

[1]) vgl. insbesondere für den Fall, daß die Frau selbst die dos bestellt, l. 32 § 2 D. 12, 6.

[2]) Zivilistische Abhandl. S. 52.

[3]) So Arndts a. a. O. S. 150; Bechmann, Dotalrecht II S. 229; Coerrens a. a. O. S. 24; Czyhlarz a. a. O. S. 209.

[4]) Bei Brinz a. a. O. § 482 Anm. 40.

pr. D. 46, 3, wo es sich fraglos um eine dotis promissio handelt, hervor, daß die dotis promissio ipso iure pro evictione haftbar mache: „ . . . si ea res a creditore evicta est, dicendum est maritum ex dotis promissione agere posse".

Und das entspricht auch der Natur der Sache. In den Quellen findet sich der Gedanke klar ausgedrückt, daß die dotis promissio bereits eine dotis constitutio darstelle,[1]) d. h. „daß das durch das Versprechen dem Manne erworbene Forderungsrecht schon unter Dotalgrundsätzen stehe". [2])

Dem Ehemann steht eine Klage zu, sobald das Versprechen unerfüllt bleibt. Wenn es nun aber heißt, daß der Mann ex promissione klagen kann, so ist damit nicht gesagt, daß der dotis promissio ein besonderes Prästationsversprechen immanent sei. Vielmehr deutet Bechmann[3]) mit Recht darauf hin, daß beim Dotalversprechen von einem eigentlichen Eviktionsanspruch überhaupt keine Rede sein kann. Wird dem Gläubiger das geleistete Objekt von dritter Seite abgestritten, so ist das Versprechen selbst nicht erfüllt; das „maritus ex promissione agere potest" bedeutet also nichts anderes als: „der Ehemann kann auf Erfüllung klagen".[4])

Damit ist die Behauptung Dernburgs,[5]) daß unter der promissio in l. 1 C. 5, 12 und in unserer Stelle das Versprechen der Prästation zu begreifen sei, widerlegt. Die von Dernburg für seine Ansicht ins Feld geführten l. 16 und l. 52 D. 23, 3 sprechen gar nicht von einer dotis promissio, sondern von einer dotis datio. Wenn es aber, wie aus l. 98 pr. D. 46, 3 hervorgeht, feststeht, daß die dotis promissio den Promittenten ipso iure prästationspflichtig macht, so ergibt sich als notwendige Schlußfolgerung, daß ein besonderes Prästationsversprechen hier überflüssig sein würde, vorausgesetzt, daß die Parteien nicht, was indessen im Falle einer Dosbestellung bei dem Wesen der Ehe kaum anzunehmen sein wird, die Eviktionshaftung verschärfen wollen.

Es erscheint also klar, daß sowohl l. 1 C. 5, 12 als auch unsere

---

[1]) vgl. l. 41 D. 24, 3; l. 36 D. 23, 3.

[2]) vgl. Windscheid a. a. O. § 495 Anm. 2.

[3]) Dotalrecht II S. 229.

[4]) Ebenso auch Coerrens a. a. O. S. 25; Jaeggi a. a. O. S. 22.

[5]) a. a. O. S. 32 Anm. 16; ebenso Brinz a. a. O. S. 736; Cujacius a. a. O. ad Afr. Tract. VI pag. 1374; Thibaut, Zivilist. Abhandl. S. 58.

Stelle von einer promissio dotis handelt, auf Grund deren der Ehemann ohne weiteres seine Klage erheben kann.[1])

Demnach ist auch die Huschkesche Lesart „quum“[2]) zu verwerfen: die Erben klagen ex stipulatu, nicht, wenn der Ehemann sie ex promissione belangen kann (denn dies kann er im Falle des nicht erfüllten Versprechens stets), sondern weil er sie ex promissione belangen kann.

Der Ehemann klagt also ex promissione dotis. Die Frau hat, wie hieraus folgt, auf Grund vorangegangener promissio den fundus in dotem gebracht. Durch die Übergabe wird der Ehemann Eigentümer der dos, soweit es der Besteller gewesen ist;[3]) er bleibt Eigentümer, auch ohne den Abschluß besonderer pacta dotalia, wenn die Frau vor ihm in der Ehe stirbt. Es geht dies nicht nur aus unserer Stelle, sondern auch aus anderen Quellenstellen hervor, die aus vorjustinianischer Zeit stammen, gilt allerdings nur für das ältere Recht.[4]) Infolgedessen ist er auch zur Klage legitimiert im Augenblicke, wo der ihm in dotem gegebene fundus evinziert wird.

Daß seine Klage sich gegen die Erben der Frau richtet, veranlaßt ebenfalls keine Bedenken; denn der Erbe tritt, wie aus vielen Quellenstellen hervorgeht,[5]) in alle Vermögensrechtsverhältnisse des Erblassers ein.

Deshalb können auch die Erben gegen denjenigen klagen, mit dem die Frau die Stipulation abgeschlossen hat: „quae est similitudo inter defunctam et eius heredes in ordine ad maritum defunctae, quoad actionem de evictione; ea quoque est inter defunctam et eius heredes, in ordine ad venditorem defunctae, quoad regressum“.[6])

Weder der Ehefrau noch den Erben selbst ist zwar der fundus per iudicium evinziert worden, wohl aber dem Ehemann. Auf Grund dieser Eviktion sind die Erben seitens des Ehemanns

[1]) So auch die herrschende Meinung: Czyhlarz a. a. O. S. 209; Glück a. a. O. XXV S. 89; v. Löhr, Bemerk. z. Lehre von der dos S. 233; Pothier a. a. O. S. 311; Sintenis a. a. O. S. 34 Anm. 80; Vangerow a. a. O. S. 396; Waechtler a. a. O. S. 53.

[2]) vgl. oben S. 21 des Textes.

[3]) vgl. oben S. 7 des Textes.

[4]) vgl. Windscheid a. a. O. § 499 Anm. 1.

[5]) vgl. z. B. l. 37 D. 29, 2.

[6]) So Waechtler a. a. O. S. 53.

ex promissione belangt worden; dies aber steht, wie oben erläutert, einer selbst per iudicium erlittenen Eviktion prinzipiell gleich.

Der Ehemann klagt gegen die Erben auf Erfüllung, d. h. auf den Wert des in dotem gegebenen Grundstücks; die Erben klagen gegen den Verkäufer ex stipulatu auf das Doppelte. Nach unserer Auffassung der actio ex promissione ist es klar, daß die Erben nur das Einfache an den Ehemann zu leisten verpflichtet sind, der Rest aber des aus der Stipulation Erlangten ihnen verbleibt.

Die Erben klagen ex stipulatu gegen den Verkäufer, nicht gegen die Bürgen: auch in diesem Punkte divergiert also unsere Stelle mit der vorangehenden.[1])

Betrachten wir noch einmal beide Stellen gemeinsam, so stellt sich heraus, daß der enge Zusammenhang, den man auf den ersten Blick zu vermuten hatte, in Wahrheit nicht besteht. Dort handelt es sich um die satisdatio secundum mancipium, hier um die stipulatio duplae; dort ist von einer dotis datio die Rede, hier von einer dotis promissio. Legten wir dem Tatbestande der l. 22 § 1 D. 21, 2 die Variante zugrunde, daß die Frau vor erfolgter Eviktion gestorben wäre, so wäre der Ehemann, vorausgesetzt, daß er das Grundstück nicht etwa inzwischen ersessen hätte, jeden Rechtsschutzes bar. Gegen die Erben der Frau stünde ihm keine Klage zu, da er die dos im Wege der gemeinen dotis datio empfangen hat, gegen den auctor resp. die Bürgen aber wäre er machtlos, weil er selbst nicht an der Manzipation beteiligt gewesen ist und infolgedessen keine Rechte daraus herleiten kann.

Weit besser ist, wie sich zeigen wird, den Gehilfen Justinians die Anknüpfung des in l. 24 (Africanus libro VI Quaestionum) gegebenen Tatbestandes an die vorangegangenen Quellenstellen gelungen.

Der Tatbestand dieser Stelle ist folgender: die Frau hat einen Sklaven gekauft und in dotem gegeben; es stellt sich heraus, daß ihr Ehemann schon Eigentümer des Sklaven gewesen ist. Welche Mittel stehen der Frau zur Verfügung? Die Frau kann gegen den Verkäufer ex empto klagen, sagt African, nicht aber ex stipulatu.

Was die Art dieses Kaufvertrages betrifft, so gilt das in l. 23 D. cit. Gesagte; denn auch hier hat der Verkäufer die Prästations-

[1]) vgl. Gradenwitz a. a. O. S. 83.

pflicht durch die duplae stipulatio übernommen, die das kausale Rechtsgeschäft nicht erkennen läßt.

Daß es sich vorher um einen fundus, hier um einen servus handelt, ist bedeutungslos, da auch der Sklave zu den res mancipi gehört. Während es jedoch in den vorangehenden Fällen nicht genau feststand, mit welchem dinglichen Rechte eines Dritten die in dotem gegebene Sache belastet war, stellt sich hier heraus, daß der Dritte Eigentümer des Sklaven gewesen ist. Der Dritte aber ist der Ehemann.

In der Meinung, selbst Eigentümerin des Sklaven zu sein, hat die Frau denselben in dotem gegeben.

Die Folgen sind klar: der Ehemann ist, dem Prinzip des römischen Rechtes gemäß, daß der ursprüngliche Eigentümer unfreiwillig selbst an einen gutgläubigen Dritten (von der Ersitzung abgesehen) sein Recht niemals verlieren kann, jeden Augenblick Eigentümer des Sklaven geblieben und besitzt ihn jetzt demnach nicht auf Grund der Dosbestellung, sondern auf Grund eigenen Rechtes.[1]) Damit ist die Lage der Frau die gleiche wie im Falle der l. 22 § 1 D. cit.: sie ist indotata geworden, d. h. in ihrem eigenen Rechte geschädigt,[2]) und zwar, wie African sagt, „quoniam verum sit, habere ei non licere servum".

Der Ausdruck „habere" scheint unserer oben[3]) begründeten Anschauung zu widersprechen, daß die dos während der Ehe im Eigentum des Mannes stehe. Dieser scheinbare Widerspruch findet seine Erklärung darin, daß Africanus das „habere licere" hier nur anwendet, um damit auf die durch die Stipulation entstandene Gewährleistungspflicht und die Form des Versprechens zu deuten, nicht aber, um damit das Eigentum der Frau zu bezeichnen; denn man wird nicht nur in diesem Falle, sondern stets, wenn der Rechtsnachfolger des Käufers denselben auf Grund erfolgter Eviktion belangt und dieser gegen den Käufer klagt, sagen können, daß dem Käufer das „habere" nicht erlaubt sei, obgleich diese Eviktion dem Käufer gegenüber eigentlich nur mittelbar wirkt.

Daß die Frau materiell zur Prästationsklage gegen ihren Verkäufer berechtigt ist, unterliegt also keinem Zweifel. Sie ist es, auch ohne daß sie von ihrem Manne belangt wird.

---

[1]) So Waechtler a. a. O. S. 54; Westphal a. a. O. S. 201.

[2]) vgl. S. 16 des Textes.

[3]) vgl. S. 7 des Textes.

Ob der Ehemann gegen die Frau klagen kann, hängt, wie weiter oben ausführlich erläutert, von der Art der Dosbestellung, resp. von den dabei getroffenen Nebenabreden ab. Jedenfalls wäre im Falle der dotis promissio der Ehemann wie in der vorangehenden Stelle so auch hier klagberechtigt; denn, obgleich man ihm den Sklaven zwar nicht per iudicium evinziert hat, so stände es doch fest, daß das Dotalversprechen nicht erfüllt worden ist.

Sollte aber die dos nur venditionis causa ästimiert worden sein, so würde der Mann nicht klagen können, wenigstens nicht ex stipulatu; denn es fehlte die formelle Voraussetzung für diese Klage, nämlich die Tatsache einer per iudicium erfolgten Eviktion.

Der Mangel dieser Voraussetzung aber ist es auch, der eine Klage der Frau gegen ihren auctor unmöglich macht. Dies wäre selbst dann der Fall, wenn der Ehemann die Frau ex promissione belangt hätte. Daher erscheint es klar, daß die Art der Dosbestellung und die Frage, ob aus derselben eine Prästationsklage seitens des Mannes gegen die Frau resultiert, für die vorliegende Stelle ganz bedeutungslos ist.[1])

Warum Pothier[2]) vermutet, daß es sich hier um eine dotis datio handle, ist nicht zu ersehen, hat aber auch, wie gesagt, nichts mit unserer Entscheidung zu tun.

Daß die actio ex stipulatu deshalb verweigert wird, weil der Sklave der Frau, resp. ihrem Rechtsnachfolger, nicht per iudicium evinziert worden ist, geht aus unserer Stelle mit absoluter Sicherheit hervor.[3]) Und nicht allein diese, sondern auch andere Quellenstellen bestätigen jenes schon wiederholt weiter oben ausgesprochene Prinzip, daß die Stipulation nur dann verfalle, wenn die Sache per iudicium evinziert worden ist: so z. B. l. 56 § 1 D. 21, 2; so auch l. 66 § 2 eod. tit.[4])

---

[1]) Demnach ist die Begründung Westphals (a. a. O. S. 201) als gänzlich verfehlt anzusehen: „die actio ex stipulatu erfordert eine wirklich erhobene Entwährungsklage“ gegen die Frau! Denn selbst wenn der Mann in unserem Falle klagen würde, wäre die Frau doch nicht zur actio ex stipulatu legitimiert, da ja (weder ihr noch) ihrem Rechtsnachfolger per iudicium evinziert worden ist.

[2]) a. a. O. S. 311 Anm. 5.

[3]) So auch Cujacius a. a. O. S. 1373; Glück a. a. O. XX S. 174; Kohler a. a. O. S. 248; Waechtler a. a. O. S. 54.

[4]) vgl. auch die oben im Text S. 8 Anm. 3 und 4 Zitierten.

Wenn Windscheid[1]) und ebenso Bekker[2]) dies leugnen und mit Rücksicht auf die l. 11 § 12 D. 19, 1 behaupten, daß die (noch zu besprechende) actio empti der actio ex stipulatu in Beziehung auf die Gewährleistungspflicht gleichstünde, d. h. beide nichts als das bloße Interesse des Käufers als Klagvoraussetzung forderten, so ist dem zu erwidern, daß in der von ihnen angeführten Stelle überhaupt nicht von der Eviktionsstipulation die Rede ist, sondern von der stipulatio furtis noxisque solutum esse,[3]) der Verfall dieser Stipulation aber in der Tat keine per iudicium erfolgte Eviktion voraussetzt.[4])

Die beiden anderen von Windscheid[5]) angeführten Quellenstellen aber (l. 29 pr. D. 21, 2 und l. 13 § 15 D. 19, 1) sprechen nicht von einer actio ex stipulatu, sondern von der actio empti.

Daß die actio ex empto aber auch dann zustehe, wenn die Sache zwar nicht per iudicium entzogen ist, es sich aber anderweitig herausstellt, daß der Verkäufer seinen durch den Kaufvertrag übernommenen Pflichten[6]) nicht genügt hat, wird von keiner Seite bestritten und entspricht auch der Lösung, die African in unserem Falle gibt.

„Ex empto tamen contra venditorem mulier habet actionem." Deutlich erhellt aus dieser Stelle das Wesen der actio ex empto. Die actio ex stipulatu ging, wie wir oben gesehen, auf das habere licere, die actio empti war ursprünglich die Klage auf Erfüllung des Vertrages. Als in späterer Zeit die actio emti ganz allgemein das Interesse des Käufers zum Gegenstande hatte, konnte zuerst vermittelst ihrer die actio ex stipulatu erzwungen werden. Später aber trat sie auch als subsidiäres Rechtsmittel neben die actio ex stipulatu, soweit diese selbst nicht ausreichte.[7]) Ein Beispiel hierfür gewährt unsere Stelle, weiteres Zeugnis liefern davon die bei

---

[1]) a. a. O. II § 391 Anm. 10.

[2]) a. a. O. S. 288.

[3]) So auch Kohler a. a. O. S. 246 Anm.; Rabel a. a. O. S. 73 Anm. 5.

[4]) vgl. insbesondere Bechmann, Kauf S. 394.

[5]) a. a. O., wie soeben zitiert.

[6]) d. h. 1. der Leistungspflicht, 2. der Garantiepflicht; vgl. oben im Text S. 5.

[7]) vgl. über diese Entwicklung Kohler a. a. O. S. 247; Salpius a. a. O. S. 229 ff.

Salpius[1]) angeführten l. 43 D. 21, 2; ll. 8; 16 pr.; 51 § 3; 41 § 1; 9 eod. tit.

Daß die actio ex empto in ihrer weiteren Entwicklung aufhörte, gegenüber der actio ex stipulatu eine rein subsidiäre Rolle zu spielen, daß sie schließlich im gemeinen Recht die Stipulation ganz verdrängte und überflüssig machte, gehört nicht in diesen Zusammenhang.

Wichtig für uns erscheint nur noch der Hinweis darauf, daß die actio ex empto, im Gegensatze zur actio auctoritatis und der actio ex stipulatu, zu den bonae fidei actiones gehörte, und daß sie aus diesem Grunde freier und weiter angewendet werden konnte als die Klage aus der Stipulation, die eine actio stricti juris war und als solche Voraussetzungen und Petitum der Klage streng formell gestaltete.[2])

Wenn wir jetzt die Stelle Africans in ihrem Verhältnis zu den beiden vorangehenden leges betrachten, dann ergibt sich eine Bestätigung unserer obigen Behauptung, daß, im Gegensatze zu dem Zusammenhange zwischen jenen beiden Stellen, es den Kompilatoren hier gelungen ist, eine logische Anknüpfung an den vorangegangenen Tatbestand zu finden. Pothier[3]) hat vollkommen recht, wenn er die l. 24 D. 21, 2 als „nota“ zu den ll. 22 § 1 und 23 eod. bezeichnet: gleichgültig ist die Art der Dosbestellung, gleichgültig, ob der Mann die Ehefrau belangen kann; oben ist die res mancipi per iudicium evinziert, hier nicht: welches sind die Konsequenzen?!

Durch die Stelle Africans wird die eine Frage in den Hintergrund gerückt, die in den vorangehenden leges eine Rolle spielte die spezifische Frage nach der Eviktionshaftung bei der dos. In den Vordergrund tritt (was allein den drei leges ihren Zusammenhang verleiht) die Gestaltung der Eviktionshaftung überhaupt.

Die Lehre von der Eviktionshaftung zeigt sich (wohl ein seltenes Spiel des Zufalls) in ihrer ganzen historischen Entwicklung. Wir lernen, allerdings unter der Decke der Interpolation verborgen, die satisdatio secundum mancipium und damit die Manzipation selbst kennen, die die Eviktionshaftung mit der Defensionspflicht des auctor verknüpft und damit von der formell seitens des Käufers

[1]) a. a. O., wie soeben zitiert.
[2]) vgl. insbes. Casper a. a. O. S. 49.
[3]) a. a. O. S. 311.

vorzunehmenden Litisdenuntiation abhängig macht. Wir begegnen alsdann dem nächsten Gliede der Entwicklung, der duplae stipulatio, die eine Defensionspflicht des Verkäufers nicht mehr kennt, sondern ihn nur noch zur einfachen Prästation verpflichtet. Beide, Manzipation und duplae stipulatio, knüpfen den Eintritt der Prästationspflicht an die Voraussetzung, daß die Sache per iudicium evinziert worden sei; beide aber auch, die Manzipation ipso iure, auf Grund der deliktischen Natur der actio auctoritatis, die Stipulation kraft gewohnheitsgemäßer Parteivereinbarung, gewähren dem Käufer Schadensersatz, nicht auf das dehnbare Interesse, sondern auf das duplum (die stipulatio event. auf ein anderes Vielfaches) des feststehenden Wertes der evinzierten Sache. Das letzte Glied der Entwicklung, die actio empti, ist frei von allen formellen Voraussetzungen, unbestimmt auch in der Höhe des Schadensersatzes, den sie dem Käufer verschafft. Sie geht auf das Interesse, das der Käufer an dem habere licere gehabt hat.

Der Behauptung, daß die vorliegenden Quellenstellen in ihrer Reihenfolge uns das Bild dieser historischen Entwicklung gewähren, widerspricht es nicht, daß die erste Stelle von Pomponius, die zweite von Ulpianus, die dritte von Africanus herrührt, daß also Ulpian, der doch ein halbes Jahrhundert nach African gelebt hat, noch von der duplae stipulatio, African aber schon von der actio ex empto redet.

Gerade der Titel „de evict. et dupl. stip." gewährt, wie kaum ein anderer im corpus iuris, einen Einblick in den Dualismus zwischen dem streng formalen ius civile und dem beweglichen ius gentium der Römer. Er liefert einen Beweis, wie diese beiden Formen des römischen Rechtes fortdauernd gleichzeitige Gültigkeit hatten, theoretisch gesondert, praktisch aber schließlich gemeinschaftlich wirkend.[1])

Selbstverständlich ist es, daß der endgültige Ausgleich beider Rechtsformen, auch in bezug auf die Entwicklung der Eviktionshaftung, sich nicht auf einmal vollzogen hat kraft Gesetzes, sondern allmählich und nur durch eine langsam in die Erscheinung tretende Gewohnheit.

---

[1]) vgl. Kritz a. a. O. S. 103.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.